



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2020 / 2021

**CONFLICTO ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y
LIBERTAD RELIGIOSA**

**CONFLICT BETWEEN FREEDOM OF SPEECH AND
FREEDOM OF RELIGION**

AUTORA:

ANDREA MIER BARQUÍN

TUTOR:

ENRIQUE HERRERA CEBALLOS

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	5
II.	DESARROLLO.....	7
	CAPÍTULO 1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	7
1.1	FINALIDAD DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	7
1.2	NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL RELEVANTE.....	8
1.3	LÍMITES A LA LIBETAD DE EXPRESIÓN.....	9
1.3.1	LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DERIVADOS DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL.....	9
1.3.2	CRITERIOS JURISPRUDENCIALES RESPECTO A LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	10

CAPÍTULO 2. LIBERTAD RELIGIOSA.....	13
2.1 FINALIDAD DE LA LIBERTAD RELIGIOSA.....	13
2.2 NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL RELEVANTE.....	15
2.3 LÍMITES DE LA LIBERTAD RELIGIOSA DERIVADOS DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL.....	17
 CAPÍTULO 3. DELITOS CONTRA LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS RECOGIDOS POR LOS ARTÍCULOS 523 A 525 DEL CÓDIGO PENAL.....	 19
3.1 ELEMENTOS COMUNES.....	19
3.2 DELITO DE PERTURBACIÓN DE CEREMONIAS RELIGIOSAS: ARTÍCULO 523 DEL CÓDIGO PENAL Y JURISPRUDENCIA.....	20
3.3 DELITO DE PROFANACIÓN: ARTÍCULO 524 DEL CÓDIGO PENAL Y JURISPRUDENCIA.....	22

3.4 DELITO DE ESCARNIO: ARTÍCULO 525 DEL CÓDIGO PENAL Y JURISPRUDENCIA.....	25
--	-----------

CAPÍTULO 4. DELITO DE ODIO.....	29
--	-----------

CAPÍTULO 5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL CONFLICTO ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD RELIGIOSA.....	33
---	-----------

III. CONCLUSIONES.....	41
-------------------------------	-----------

IV. BIBLIOGRAFÍA.....	44
------------------------------	-----------

I. INTRODUCCIÓN

Tratar de construir una sociedad democrática sin poner énfasis en los valores del pluralismo y del espíritu de tolerancia es papel mojado. A lo largo de la historia, se han producido numerosos encuentros conflictivos entre la libertad de expresión y libertad religiosa, ambos derechos humanos objeto de estudio en esta exposición.

A efectos de entender la confrontación, se recogerá la regulación internacional más importante, vinculante para España, y la normativa interna que los configura como derechos fundamentales. La naturaleza de los derechos será trascendental para adquirir una visión completa acerca de la problemática surgida. La cuestión candente de los límites a ambas libertades será tratada. Al constituir derechos humanos habrá que detenerse en alguna de las resoluciones más notables del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al igual que alguno de los casos más polémicos tratados por la jurisprudencia española, con especial atención a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

La comisión de un ilícito penal es la consecuencia más grave de la conflictividad entre los derechos enunciados. Se repasarán los requisitos jurisprudenciales de algunos de los delitos contra los sentimientos religiosos, en concreto los regulados por los artículos 523 a 525 del Código Penal: perturbación de ceremonias religiosas, profanación y escarnio.

El discurso de odio, encasillado dentro de los llamados delitos de odio, es un límite a la libertad de expresión como manifestación de la intolerancia que debilita el sistema democrático. El carácter central de la dignidad humana sirve de barrera contra la discriminación que promueve el discurso de odio. Se reflexionará acerca del tratamiento legislativo y judicial de este asunto, por desgracia, de rabiosa actualidad.

La práctica del Tribunal de Estrasburgo se pondrá de relieve dada la naturaleza de los derechos en juego. Se comprobará el equilibrio entre su posición respecto al desarrollo de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la teoría del margen de apreciación de cada Estado parte.

II. DESARROLLO

CAPÍTULO 1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1.1 FINALIDAD DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Para entender la importancia de este derecho humano, y de cualquier otro, es necesario conocer su finalidad, que es garantizar la libre manifestación de ideas y pensamientos sin sufrir ningún tipo de intromisión por ello. Para cumplir dicha finalidad se requiere un espíritu de tolerancia, ya que es propio y característico de una sociedad democrática.

Este derecho trasciende al propio individuo puesto que entraña un carácter institucional, constitutivo de una garantía del Estado social y democrático de Derecho.¹ El Tribunal Constitucional ha entendido, desde la sentencia 12/1982, de 31 de marzo, que no solo se trata de un derecho de libertad, que exige la ausencia de intromisiones por parte del Estado. También es garantía de una opinión pública libre, esta última indisolublemente ligada al pluralismo político, valor fundamental de la democracia que se recogerá en ulteriores líneas.

El Constitucional ha declarado posteriormente² que este derecho fundamental garantiza la formación y existencia de una opinión pública libre, interés constitucional,

¹ GONZÁLEZ URIEL, D., *La religión y su juridificación (Especial consideración de la colisión entre la libertad religiosa y la libertad de expresión)*, estudio doctrinal del boletín del Ministerio de Justicia del Gobierno de España, año LXII, número 2.209, junio de 2018, p. 117.

² Sentencias 235/2007, de 7 de noviembre, y 79/2014, de 28 de mayo.

cuya especial trascendencia radica en ser condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de una democracia. Define a la libertad de expresión como uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Exige que para los ciudadanos puedan formar de manera libre sus opiniones y participen responsablemente en los asuntos públicos, deben ser informados ampliamente, es decir, de manera que puedan ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas.

1.2 NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL RELEVANTE

El punto central de la legislación internacional es el artículo 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³, que recoge el derecho de toda persona a la libertad de expresión, que comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin injerencias de las autoridades. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en los apartados 1 y 2 del artículo 19⁴ se refiere a este derecho en similares términos junto a la mención de no ser molestados a causa de las opiniones expresadas. De igual forma se expresa el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵.

³ *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.*

⁴ *1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

⁵ *Toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye no ser molestada a causa de sus opiniones, y poder investigar, recibir información y opiniones, y poder difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.*

En el plano interno, la Constitución, dentro de la regulación de los derechos fundamentales, reconoce y protege a la libertad de expresión en su artículo 20.1.a)⁶ en una redacción similar a las disposiciones internacionales. Los derechos garantizados por el artículo 20 no son sólo expresión de una libertad individual básica, sino que se configuran también como elementos conformadores de nuestro sistema político democrático.⁷

1.3 LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1.3.1 Límites de la libertad de expresión derivados de la normativa internacional y nacional

El artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸ señala los límites al ejercicio de este derecho. No tiene carácter absoluto debido a que conlleva deberes y responsabilidades. Las limitaciones deben llevarse a cabo mediante ley y ser necesarias, en una democracia, para proteger la seguridad nacional, la integridad territorial, la salud, la moral, los derechos y la reputación de los demás; defender el orden y prevenir el delito;

⁶ 1. *Se reconocen y protegen los derechos:*

a) *A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*

⁷ Fundamento jurídico 2º del auto 251/2011, de 9 de junio, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valladolid

⁸ *El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.*

impedir la divulgación de información confidencial; y garantizar la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial.

El artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹ recoge los límites a la libertad de expresión en idénticos términos al Convenio de Estrasburgo. Además, el artículo 20 del Pacto¹⁰ prohíbe la propaganda en favor de la guerra y la incitación a la discriminación, violencia u hostilidad por razón de nacionalidad, religión o cuestión racial.

El artículo 20.4 de la Constitución¹¹ establece como límites el conjunto de derechos y deberes fundamentales, con especial énfasis al honor, la intimidad y la propia imagen, y la protección de la juventud y de la infancia.

1.3.2 Criterios jurisprudenciales respecto a los límites de la libertad de expresión

Al tratarse la libertad de expresión de un derecho humano, debemos atender a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como máximo intérprete de la legislación que constituye el eje central de nuestro estudio. El Tribunal de Estrasburgo ordena una restrictiva interpretación a la hora de limitar la libertad de expresión, más aún cuando el asunto tiene gran repercusión. La libre discusión es condición necesaria para el

⁹ *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

¹⁰ *1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.*

2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

¹¹ *Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.*

progreso social.¹² Cabe recalcar que la libertad de expresión no es la libertad de ofender, sino la libertad de decir cosas que puedan ser ofensivas para otros o que pueden ser entendidas por otros como tales.¹³

El pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura otorgan amparo a expresiones que puedan chocar, inquietar u ofender al Estado o a un sector determinado de la población. Estos principios se recogen en casos importantes para nuestra materia de estudio como *HANDYSIDE vs REINO UNIDO* (sentencia de 7 diciembre de 1976), y *HAES y GIJSELS vs BÉLGICA* (sentencia de 24 de febrero de 1997)¹⁴.

El intérprete supremo de nuestra normal fundamental, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 2/1982, de 29 de enero, en su quinto fundamento jurídico, haciendo alusión a otra sentencia del propio Tribunal de 8 de abril de 1981, recuerda la inexistencia de derechos ilimitados: la Constitución tanto de manera inmediata como mediata funciona como límite al ejercicio de los derechos fundamentales debido a que no solo se protegen derechos constitucionales, también otros bienes.

El Pleno del Constitucional recordó en la sentencia 177/2015¹⁵, de 22 de julio, que es jurisprudencia unánime la peculiar dimensión institucional de este derecho fundamental estudiado debido a lo expuesto ya anteriormente: es garantía para la formación y existencia de una opinión pública libre y es uno de los pilares para conformar una sociedad libre y democrática. Señaló que comprende la libertad de crítica, aunque pueda causar molestia a su destinatario, debido a los tres valores elementales de la sociedad democrática: el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura. No obstante, al no tratarse de un derecho ilimitado, apuntó que no todas las expresiones son merecedoras de protección constitucional.

¹² CAÑAMARES ARRIBAS, S. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, 1ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, p. 141.

¹³ *Ibíd.*, p. 119.

¹⁴ Fundamento jurídico 2º del auto 251/2011, de 9 de junio, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valladolid

¹⁵ Fundamento jurídico 2º

El Tribunal Constitucional resumió su posición dictando la sentencia 226/2016, de 22 de diciembre, otorgando un margen amplio de actuación a la libertad de expresión ya que quedan bajo el amparo manifestaciones necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público, aunque afecten al honor de terceros. Para el Tribunal, la libertad de expresión comprende, además de la expresión de juicios de valor, la crítica a la conducta de otros. No quiere decir esto último que exista un pretendido derecho al insulto, no caben expresiones *formalmente injuriosas o absolutamente vejatorias*, es decir no constituyen libertad de expresión las manifestaciones ofensivas que resulten impertinentes para ejercer el derecho, al margen de que sean veraces o no. Habrá que atender a las circunstancias concretas del caso dada la importancia de las libertades en juego. Se desprende que entiende las limitaciones como algo excepcional ya que, en colisión con otros derechos fundamentales, la libertad de expresión tiene carácter preferente.¹⁶

Otros Tribunales menores apuntan también consideraciones relevantes respecto a la limitación de la libertad de expresión. La actuación del Derecho Penal ha de ser muy reducida, teniendo en cuenta el carácter fragmentario y subsidiario de este derecho sancionador cuya intervención se justifica como *ultima ratio* cuando no existan otros procedimientos idóneos para solventar el conflicto y cuando las conductas tengan entidad o relevancia por afectar a ese núcleo del *mínimum ético* que se protege en los tipos penales citados. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha advertido del riesgo, indeseable en el Estado democrático, de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión (sentencias 105/1990 y 287/2000, de 11 de diciembre).¹⁷

¹⁶ GONZÁLEZ URIEL, D., *La religión y su juridificación (Especial consideración de la colisión entre la libertad religiosa y la libertad de expresión)*, estudio doctrinal del boletín del Ministerio de Justicia del Gobierno de España, año LXII, número 2.209, junio de 2018, p. 17.

¹⁷ Fundamento jurídico 2º del auto 251/2011, de 9 de junio, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valladolid

En las conclusiones de la sentencia de uno de los casos más polémicos acaecidos en España (*Caso Willy Toledo*), se obliga al órgano judicial que debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo a las circunstancias del caso concreto, si la conducta enjuiciada constituye un ejercicio lícito de la libertad de expresión y en consecuencia la acción se justifica por el valor predominante de dicha libertad.¹⁸

CAPÍTULO 2. LIBERTAD RELIGIOSA

2.1 FINALIDAD DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

La finalidad esencial de la libertad de pensamiento, conciencia y religión es la tutela de la autonomía individual en dos ámbitos de particular significado para el ser humano, la libertad de creer y la libertad de actuar en consecuencia a las creencias que se tengan. El Tribunal de Estrasburgo ha declarado en numerosas ocasiones que la libertad religiosa y de creencia es esencial para el pluralismo, inseparable de la noción de democracia. La garantía de esta libertad lleva aparejada la prohibición de adoctrinamiento religioso o moral por el Estado, así como la eliminación de toda coacción y discriminación por razón de creencias.¹⁹

¹⁸ Fundamento jurídico 3º de la sentencia 20/20, de 21 de febrero de 2020, del Juzgado de lo Penal 26 de Madrid

¹⁹ CAÑAMARES ARRIBAS, S. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, 1ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, p. 109.

Existen dos modos abstractos de pre-concebir jurídicamente la religión.²⁰ El primero sería considerar la religión como un factor de identidad personal con repercusiones públicas o colectivas, no necesariamente jurídico-estatales, podríamos encasillar en este modo la libertad religiosa positiva, este modelo rige para el Oriente islámico (*freedom for*). El jurista Rafael Palomino, junto a ese modelo, propone otro que sería considerar la religión como un factor de elección autónoma, ciertamente honorable y merecedor de protección como derecho fundamental, influenciado por la secularización de la comunidad política, que rige para el Occidente post-cristiano e integra la libertad religiosa negativa (*freedom from*).

El Tribunal Constitucional entiende la libertad religiosa como un derecho subjetivo con una doble dimensión, interna y externa.²¹ La dimensión interna, recogida por la sentencia 177/1996, de 11 de noviembre, en su noveno fundamento jurídico, significa la garantía de la existencia de un claustro íntimo de creencias, que se trataría de un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. También menciona la dimensión externa de *agere licere*, que permite actuar conforme a las convicciones profesadas y mantenerlas frente terceros.

La inexistencia de consenso sobre el concepto de la religión, no así de su importancia debido a su naturaleza de derecho humano, no justifica expresiones que generen clima de agresividad social, que impidan en la práctica el libre ejercicio de la religión.²²

²⁰ *Ibíd.*, p. 43.

²¹ GONZÁLEZ URIEL, D., *La religión y su juridificación (Especial consideración de la colisión entre la libertad religiosa y la libertad de expresión)*, estudio doctrinal del boletín del Ministerio de Justicia del Gobierno de España, año LXII, número 2.209, junio de 2018, p. 6.

²² CAÑAMARES ARRIBAS, S. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, 1ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, p. 29.

2.2 NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL RELEVANTE

En el plano internacional, se halla el artículo 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²³ que expresa el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, cuyo contenido comprende la libertad de cambiar de religión o de convicciones, y la libertad de manifestar la religión o las convicciones de manera individual o colectiva en público y en privado. Los preceptos 18.1 y 18.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴, 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁵ y 10 de la Carta Magna de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁶ aluden a la libertad religiosa en similares términos.

El artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁷ establece la obligación de los Estados Partes en el Pacto de respetar la libertad de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas

²³ *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.*

²⁴ *1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.*

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

²⁵ *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.*

²⁶ *1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.*

2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

²⁷ *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*

que el Estado apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

La norma fundamental española sitúa a la libertad religiosa en la sección de derechos fundamentales y libertades públicas, en concreto el artículo 16²⁸, que garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto, y que nadie se vea obligado a declarar acerca de su ideología, religión o creencias. Asimismo, menciona que el Estado es aconfesional, sin perjuicio de los posibles acuerdos que lleve a cabo con las confesiones representativas de las creencias de la población.

Este derecho fundamental ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, siguiendo el mandato del artículo 53.1 de la Constitución²⁹. El primer precepto³⁰ reconoce el derecho a la libertad religiosa y de culto, y la proscripción de que las creencias religiosas constituyan un motivo de desigualdad o discriminación ante la ley, así como recoge que ninguna confesión posee carácter estatal.³¹

²⁸1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

²⁹ Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161. 1. a).

³⁰ Uno. El Estado garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, reconocida en la Constitución, de acuerdo con lo prevenido en la presente Ley Orgánica.

Dos. Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley. No podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas.

Tres. Ninguna confesión tendrá carácter estatal.

³¹ GONZÁLEZ URIEL, D., *La religión y su juridificación (Especial consideración de la colisión entre la libertad religiosa y la libertad de expresión)*, estudio doctrinal del boletín del Ministerio de Justicia del Gobierno de España, año LXII, número 2.209, junio de 2018, p. 6.

2.3 LÍMITES DE LA LIBERTAD RELIGIOSA DERIVADOS DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL

El Convenio Europeo de Derechos Humanos en su precepto 9.2³² dictamina que para restringir este derecho es necesario que la medida, prevista legalmente, sea necesaria en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o libertades de los demás; el apartado 3º del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³³ recoge disposiciones idénticas.

La Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 nos recuerda en su preámbulo que el desprecio y la vulneración de los derechos humanos y libertades fundamentales, en especial de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, ha causado tanto directa como indirectamente numerosos conflictos bélicos y crímenes contra la humanidad. Por tanto, recuerda que promover la tolerancia y el respeto en el ejercicio de tales libertades es esencial, como no aceptar el uso de la religión con fines incompatibles con la Carta.³⁴ La Declaración de la Asamblea General recoge en su artículo 1³⁵ el derecho a la libertad religiosa, su contenido, su protección y sus límites, de idéntica manera que el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

³² *La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.*

³³ *La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.*

³⁴ MARTÍN MORENO, J.L., *Pluralismo, tolerancia y libertad de expresión (refrescando ideas)*, Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho, núm. 2-2018, p. 83.

³⁵ *1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad*

El artículo 16 de la Constitución limita la libertad religiosa al mantenimiento del orden público protegido legalmente. Este concepto recogido por la Constitución está intrínsecamente unido a los derechos fundamentales y libertades públicas, cuyo ejercicio limita a la libertad de religión.

El artículo 3 de la Ley Orgánica reguladora³⁶ de esta la libertad enuncia los límites en su primer apartado como el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Añade en el segundo párrafo que no caben bajo la protección legal las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio de fenómenos psíquicos y parapsicológicos, y la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos distintos a la religión.

de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

³⁶ Uno. El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática.

Dos. Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos.

CAPÍTULO 3. DELITOS CONTRA LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS RECOGIDOS POR LOS ARTÍCULOS 523 A 525 DEL CÓDIGO PENAL.

3.1 ELEMENTOS COMUNES

El bien jurídico protegido en los tres tipos penales que analizaremos es la libertad ideológica en su vertiente religiosa y de culto, garantizada por el artículo 16 de la Constitución española.

El elemento subjetivo del tipo consiste en el dolo o la intención de herir los sentimientos religiosos; dado el amplio alcance de los derechos de libertad de expresión e información, no se castiga el ejercicio de crítica histórica, política o literaria, sino las vejaciones y burlas que superen tales niveles por su entidad, resistencia o modo de presentarse. La conducta típica debe llevarse a cabo con la finalidad de ofender, humillar o herir los sentimientos religiosos legalmente tutelados. La prueba de esta intención ha de ser indiciaria o indirecta puesto que dicho *animus* debe deducirse del conjunto de circunstancias de hecho objetivas que resulten demostradas.³⁷ Se exceptúa de cumplir este requisito de especial intención ofensiva al delito de perturbación de ceremonias religiosas debido a que basta con el dolo genérico para cumplir el tipo penal, no es vital la concurrencia de dicho *animus* para cumplir el ilícito penal.

³⁷ FUENTE: <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10968-delitos-contralos-sentimientos-religiosos-un-dificil-equilibrio-entre-derechos-fundamentales/> (Última visita 24 de marzo de 2021)

3.2. DELITO DE PERTURBACIÓN DE CEREMONIAS RELIGIOSAS: ARTÍCULO 523 DEL CÓDIGO PENAL³⁸ Y JURISPRUDENCIA

Este precepto penal está asociado al ejercicio colectivo de la libertad religiosa ya que protege la celebración del culto.³⁹ Para entender la configuración del tipo, hemos de acudir a la fundamentación jurídica de un fallo del Tribunal Supremo, la sentencia 835/2017, de 19 de diciembre, de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal que motivó sus argumentos de manera muy didáctica. El Supremo desestimó el recurso de casación, interpuesto por los acusados por infracción de Ley y de precepto constitucional contra la sentencia 1222/2016⁴⁰, de 13 de octubre, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Baleares.

Los hechos probados de la sentencia de la Audiencia acreditan que el 9 de febrero de 2014 los acusados interrumpieron la celebración de una misa de domingo en la Iglesia de San Miguel de Palma gritando las siguientes frases *‘Tora rosaris del nostres ovaris. Avortament lliure gratuït’*. Los acusados fueron condenados como autores de un ilícito penal del artículo 523 del Código Penal. El Tribunal Supremo esgrimió los siguientes fundamentos de derecho.

En el apartado uno del primer fundamento alude a la sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001 para recordar que el contenido del derecho a la libertad religiosa comprende no solo el derecho a creer de una determinada manera, sino también el derecho de comportarse públicamente con arreglo a tal creencia y el de practicar los actos propios del culto y los ritos de la confesión profesada. Los derechos mencionados conllevan la

³⁸ *El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar.*

³⁹ SALINAS MENGUAL, J., *Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXXV, 2019, p. 240.

⁴⁰ El Juzgado de Instrucción número 5 de Palma de Mallorca instruyó diligencias previas con el número 411/2014.

obligación del resto de ciudadanos de respetar su existencia, su expresión pública y su ejercicio. Hemos de enlazar esta fundamentación con lo expuesto en anteriores capítulos respecto al ejercicio libre del derecho sin intromisiones de ningún tipo, ni violencia y respetando el orden público protegido legalmente.

Sigue el segundo apartado explicando que la conducta típica consiste en impedir, interrumpir o perturbar actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de la confesión religiosa que se trate *con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho*. La doctrina exige que los resultados tengan cierta relevancia, conforme las características del caso: origen, prolongación y cese. El tipo subjetivo se cumple con el dolo genérico, no se exige una especial intención en el sujeto. El sujeto debe saber que con su proceder está impidiendo, interrumpiendo o perturbando, de forma relevante, un acto, función, ceremonia o manifestación de esa confesión religiosa, y que a pesar de ese conocimiento ejecuta la acción. Igualmente es preciso que conozca las características del lugar en el que se ejecuta la conducta como lugar de culto, a los efectos de la primera parte del último inciso del precepto. El dolo genérico se trata de un dolo no circunscrito al ámbito subjetivo de la persona, sino al daño causado con la acción y del que el autor es consciente desde el primer momento. Para el Tribunal Supremo, no solo se daba tal dolo genérico, también en el ánimo de los acusados estaba interrumpir la ceremonia religiosa, por lo que conocían que su conducta afectaría a la celebración del acto y, además, especialmente estaba en su voluntad hacerlo.

En el supuesto analizado, la interrupción se produjo durante unos diez minutos, que para un acto que, ordinariamente dura entre treinta y cuarenta y cinco minutos, es relevante en opinión del Tribunal. Además, el cese de la interrupción fue consecuencia de la actuación del personal de la iglesia y de algunos de los asistentes a la ceremonia. En su ánimo estaba impedir el acto religioso ya que conscientemente eligieron la misa de domingo, muy concurrida habitualmente, para maximizar la visibilidad de su protesta, como recoge el fundamento jurídico 1.3.

3.3 DELITO DE PROFANACIÓN: ARTÍCULO 524⁴¹ DEL CÓDIGO PENAL Y JURISPRUDENCIA

Profanar es tratar sin el debido respeto⁴² objetos o símbolos sagrados, con actos de cierta entidad y magnitud: desde destruirlos a destinarlos a otros usos impropios, con ánimo de herir los sentimientos religiosos de la colectividad.⁴³ Es el trato irrespetuoso de cosas sagradas (por ejemplo, un copón, un cáliz, un Sagrario).⁴⁴ La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1993 delimita el concepto de *cosa sagrada* entendiendo por tal *aquellos objetos dedicados a Dios o al culto divino*. Desde la perspectiva del Tribunal en la sentencia mencionada, el crucifijo será considerado como el objeto sagrado por excelencia en lo que a la religión católica se refiere, señalando que *deben considerarse punibles no solamente los actos de burla, mofa, escarnio, etc., sino los simplemente atentatorios al debido respeto al crucifijo*.⁴⁵

En cuanto al elemento del dolo⁴⁶, se requiere que el sujeto haya actuado con un total desprecio o desdén hacia las creencias religiosas de ciertas personas, mostrando arrogancia, altivez o soberbia hacia ellas por tal motivo y para demostrar la intencionalidad de dañar los sentimientos religiosos ha de recurrirse a la prueba indiciaria que demuestre dicha finalidad. La prueba mencionada consiste en deducir la certeza de

⁴¹ *El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.*

⁴² Fundamento jurídico 4 ° de la sentencia de 25 de marzo de 1993 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

⁴³ FUENTE: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjIwtjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAauI72jUAAAA=WKE (Última visita: 24 de marzo de 2021)

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1982

⁴⁵ SALINAS MENGUAL, J., *Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXXV, 2019, p. 243.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 252.

unos hechos sobre los que no cabe prueba directa a partir de la prueba de otros hechos relacionados que sí se han podido acreditar mediante la prueba directa.

Para que la prueba indiciaria o indirecta sea suficiente para dictar fallo, el Tribunal Supremo exige una serie de requisitos⁴⁷. Los indicios deben ser probados en sede judicial para enervar el principio de presunción de inocencia, no pueden tratarse de meras sospechas. La motivación jurídica no puede basarse en un simple y puro convencimiento subjetivo del órgano judicial, ya sea unipersonal o colegiado. El juzgador debe estar convencido de los que hechos ocurrieron de manera en que son relatados. La concurrencia de indicios y su relevancia a efectos de prueba debe argumentarse en derecho, debe integrarse el razonamiento que explique cómo se ha llegado a la certeza del hecho presunto, esta tarea es más precisa que en la prueba directa debido que en aquella los hechos son claros y diáfanos. Son tres los elementos en este tipo de prueba: un indicio (con mención del hecho), una afirmación consecuencia (junto a la deducción que se hace a partir del hecho probado), y un nexo preciso, concreto, directo, lógico y racional entre los dos primeros elementos. No basta con un solo indicio, debe existir una pluralidad que se retroalimenta entre sí, no obstante, no hay un mínimo concreto.

La obra de Abel Azcona, “Desenterrados”, que consistía en la recreación de la palabra “pederastia” con 242 hostias sagradas, ha tenido también recorrido judicial. Azcona declaró que su intención era denunciar los hechos acaecidos en la Iglesia Católica.⁴⁸ El Juzgado de Instrucción número 2 de Pamplona archivó⁴⁹ la causa porque descartó la existencia de delitos contra los sentimientos religiosos y de odio⁵⁰. Si bien quedaba acreditado el uso profano de las formas, el juez concluyó que la conducta no era suficiente para apreciar la comisión delictiva porque no fue realizada en un lugar destinado al culto

⁴⁷ Véase sentencia 532/2019, 4 de noviembre.

⁴⁸ SALINAS MENGUAL, J., *Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXXV, 2019, p. 249.

⁴⁹ Auto de 10 de noviembre de 2016

⁵⁰ Remisión al CAPÍTULO 4: EL DELITO DE ODIO

ni en una ceremonia religiosa. Contra el auto, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación al apreciar indicios racionales de criminalidad, y a tal efecto, consideró que las formas utilizadas en la exposición necesariamente han de obtenerse en un templo y participando en una ceremonia religiosa, pues en otro caso, no tendrían la condición de consagrada. La Fiscalía expuso que el artista utilizó las redes sociales para señalar el origen de las formas consagradas con el desprecio que con ello demostraba hacia uno de los elementos más sagrados para la religión católica. Además, añade que le dio esta publicidad para crear controversia y fomentar, no solo la asistencia de público a su exposición, sino también aumentar el valor económico que la plasmación de la performance realizada podría tener. No solo aprecia la comisión de un delito de profanación, también la existencia del delito recogido en el artículo 525 del Código Penal ya que para el cual resulta necesario que el escarnio afecte a dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa y, en este caso, afirma que afecta a uno de los elementos más fundamentales de la religión católica, como es la forma consagrada que se recibe en la comunión. La Sección 1ª de la Audiencia de Navarra confirmó el archivo de la querella interpuesta señalando, al efecto, que se descarta la existencia de delitos contra los sentimientos religiosos y de odio, y sostiene que el Código Penal sanciona actos de profanación en templos y ceremonias religiosas, algo que no ha sucedido en este caso, y a quienes para *ofender* los sentimientos de una confesión religiosa hacen *públicamente* escarnio de dogmas, creencias, ritos y ceremonias, o para *injuriar* vejan también *públicamente* a quienes los profesan o practican, pero no se refiere a expresiones con finalidad crítica o polémica. El fallo precisa, así, que la performance es una muestra escénica en la que *la provocación o el asombro juegan un papel principal, así como el sentido estético*, y en la obra artística en litigio, según el tenor literal del texto de la exposición, se pretendía *atraer la atención sobre los casos de pederastia en el seno de la Iglesia católica*, sin que por ello se le considere autor en su conjunto del delito.

La sentencia de 16 de diciembre de 2016 de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial madrileña (*Caso Rita Maestre*) reproduce en su fundamento jurídico tercero el mandato del artículo 524 del Código Penal: *castigar a quien ejecute actos de profanación ofensivos contra los sentimientos religiosos en templos, lugares destinados al culto o en ceremonias religiosas*. Alude a distintas resoluciones judiciales sobre este delito, entre

ellas, la sentencia del Juzgado de Instrucción número 4 de Torrejón de Ardoz de fecha 16 de diciembre de 2014 que condenó a una persona que en estado de embriaguez arrojó al suelo la forma sagrada; la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 6 de noviembre de 2014 que condenó a quien escupió a la imagen de la Virgen del Pilar y al sacerdote, además de proferir expresiones tales como *me cago en Dios*; en estas sentencias se reflejan situaciones o actos físicos de claro contenido profanador en la medida en que implican un trato directo vejatorio, físicamente violento, contra algún elemento básico de la liturgia católica o de las representaciones propias de esta religión. La Audiencia interpretando la voluntad legislativa, declara que el acto de profanación debe ser claro, directo, evidente, y además físico, esta última característica no se reflejó en el supuesto ya que no hubo contacto con los objetos sagrados.

3.4 DELITO DE ESCARNIO: ARTÍCULO 525⁵¹ DEL CÓDIGO PENAL Y JURISPRUDENCIA

Según la Real Academia Española, el escarnio es una burla tenaz que se hace con el propósito de afrentar. La doctrina penal, en concreto Muñoz Conde, considera que “el escarnio es una especie de injuria mediante burla o ridiculización de los sentimientos o creencias.”⁵²

El tipo penal, que exige una burla tenaz, grosera e insultante, con manifiesta intención ofensiva, no se cumple con una mera expresión desafortunada, inoportuna y de mal gusto.⁵³ Se trata de una clase de injuria que trata de ridiculizar los sentimientos

⁵¹ 1. *Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.*

2. *En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna.*

⁵² PÉREZ DE LA FUENTE, O., *Libertad de expresión y escarnio de los sentimientos religiosos. Enfoques sobre la ponderación en algunos casos judiciales españoles*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 18, 2015, pp. 131-158, ISSN 1575-7382, pp. 132 y 133.

⁵³ Sentencia 211/2018, de 3 de septiembre, del Juzgado de lo Penal 3 de Ciudad Real (que remite al caso *Cómo cocinar un Cristo*)

religiosos.⁵⁴ Se exige publicidad ya que las ofensas privadas no tienen transcendencia penal; a este respecto, los comentarios en redes sociales se consideran públicos⁵⁵. En cuanto al sujeto pasivo, la confesión o religión debe estar inscrita en el registro de entidades religiosas.⁵⁶

Exige la concurrencia de los siguientes elementos: acción típica constituida por el escarnio de dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa o la vejación a quienes los profesen o practiquen, de manera pública vía oral, escrita o por cualquier tipo de documento (elemento objetivo⁵⁷), y, además, se exige un elemento subjetivo del injusto: se realiza para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa.⁵⁸ El lenguaje soez no basta para apreciar el *animus injuriandi* requerido por el precepto penal.⁵⁹ Afirmar Lamarca que se requiere un elemento subjetivo del injusto de carácter finalista: se realiza la conducta con la finalidad de ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, aunque no es necesario que efectivamente se ofendan.⁶⁰

⁵⁴FUENTE:<https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10968-delitos-contralos-sentimientos-religiosos-un-dificilequilibrio-entre-derechos-fundamentales/> (Última visita: 24 de marzo de 2021)

⁵⁵FUENTE:<https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10968-delitos-contralos-sentimientos-religiosos-un-dificilequilibrio-entre-derechos-fundamentales/> (Última visita: 24 de marzo de 2021)

⁵⁶FUENTE:<https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10968-delitos-contralos-sentimientos-religiosos-un-dificilequilibrio-entre-derechos-fundamentales/> (Última visita: 24 de marzo de 2021)

⁵⁷ PÉREZ DE LA FUENTE, O., *Libertad de expresión y escarnio de los sentimientos religiosos. Enfoques sobre la ponderación en algunos casos judiciales españoles*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 18, 2015, p. 133.

⁵⁸ Caso *Willy Toledo*: fundamento jurídico 3º de la sentencia 20/2020, de 21 de febrero, del Juzgado de lo Penal 26 de Madrid

⁵⁹ Caso *Willy Toledo*: fundamento jurídico 4º de la sentencia 20/2020, de 21 de febrero, del Juzgado de lo Penal 26 de Madrid

⁶⁰ PÉREZ DE LA FUENTE, O., *Libertad de expresión y escarnio de los sentimientos religiosos. Enfoques sobre la ponderación en algunos casos judiciales españoles*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 18, 2015, p. 133.

No se trata de un simple ejercicio de libertad de expresión, amparado por la Constitución, con independencia de su sentido crítico o incluso de su mejor o peor gusto. La simple crítica no constituye escarnio sino los exabruptos antirreligiosos, con mofa e irrisión de los dogmas de una religión (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1980).⁶¹

El Tribunal Supremo condenó⁶² a la revista *Interviú* por la publicación de un texto considerado blasfemo por un tribunal inglés. El texto en cuestión explicitaba una relación íntima entre un centurión y Jesucristo: *"Su Madre y la Magdalena habían ido a por sábanas blancas para amortajar su desnudez. Yo estaba solo con él. Por última vez besé su boca. Mi lengua encontró en la suya el amargor de la muerte. Lamí sus heridas, era áspera la sangre"*, señalaba un fragmento de este. Declaró que se trataba de *"una burla y befa sobre la esencia de la pureza que contiene la religión católica, desprendiéndose de la narración, no solamente el carácter poético, del escrito, sino un predominio, sobre el mismo, del ánimo de menoscabar, ridiculizar e injuriar a la religión católica."* Estableció los requisitos que deben cumplirse para la apreciación del delito de escarnio o ultraje contra una confesión religiosa:

1. Acción típica: escarnio (befa o burla) o ultraje (injuriar o despreciar públicamente los dogmas, ceremonias o ritos religiosos).
2. Acción antijurídica: en la acción se aprecia la repulsa por parte del ente social, a través de la norma sociocultural que rige el grupo en cuyo ámbito se realiza el ilícito penal, y con el resultado una ofensa a los sentimientos religiosos de los miembros de la confesión determinada.
3. Acción culpable: no solo la conducta y voluntad de la acción que constituye delito, también el ánimo específico de injuriar, como sinónimo de un propósito intencionado de ofender (elemento subjetivo del injusto). Este elemento subjetivo requerido va más allá del dolo genérico, debe concurrir la intención de ofender.

⁶¹ FUENTE: <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10968-delitos-contralos-sentimientos-religiosos-un-dificil-equilibrio-entre-derechos-fundamentales/> (Última visita: 24 de marzo de 2021)

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1984

La expresión ha de ser objetiva y potencialmente idónea para lograr el resultado, no necesariamente debe concurrir una lesión efectiva de los sentimientos.

Que la creación artística tiene una dosis de provocación en ocasiones y la sátira funciona como recurso artístico para hacer crítica social, dirigida especialmente a las distintas formas de poder como la Iglesia católica históricamente, fueron los argumentos que esgrimió el órgano encargado de enjuiciar a los acusados del caso *Cómo cocinar a un Cristo*⁶³. Por tales motivos, se rechazó que la conducta fuera objetivamente ofensiva, aunque los denunciantes pudieran haberse sentido ofendidos. Para el Juzgado madrileño, la conducta de los acusados constituyó el legítimo ejercicio y difusión de una expresión artística que, con un componente burlesco, hizo una crítica del fenómeno religioso en nuestra sociedad.

No se apreció intención ofensiva en la causa derivada del cartel de convocatoria de una manifestación del Orgullo Gay donde la Virgen de los Desamparados y Montserrat se besaban, por lo que el Juzgado de Instrucción número 16 de Valencia decretó el sobreseimiento mediante auto de 23 de junio de 2016. El Juzgado argumentó que la intención ofensiva no puede deducirse de las imágenes y opiniones difundidas.⁶⁴

El delito de escarnio presenta dificultad probatoria por el elemento subjetivo (la intención del autor de dañar) hasta tal punto de convertirse en una *fictio iuris*. Este delito requiere que una expresión haya causado ofensa en los sentimientos religiosos, y que quien la profiere lo haga con el ánimo de ofender.⁶⁵

⁶³ Fundamento jurídico tercero de la sentencia 235/2012, de 8 de junio, del Juzgado de lo Penal número 8 de Madrid

⁶⁴ SALINAS MENGUAL, J., *Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXXV, 2019, p. 253.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 255.

CAPÍTULO 4. EL DELITO DE ODIO

Los delitos de odio o *hate crimes* tienen los siguientes elementos: el primero, un acto que constituye delito conforme al Derecho Penal, y el segundo, una operación intencional de selección o discriminación por razón de una pertenencia a una raza, nacionalidad o religión. El primer elemento consiste en toda acción delictiva, ya sea contra las personas o contra la propiedad, en la que la víctima, los bienes o el objetivo de la acción se seleccionan debido a una real o aparente conexión, vínculo, afiliación o apoyo a un grupo. El segundo elemento trata sobre que dicho grupo se basa en características comunes, tales como el origen nacional o étnico, el lenguaje o color, religión, sexo, edad, incapacidad mental o física, orientación sexual u otros factores similares.⁶⁶

El discurso de odio, que se inserta en la categoría más amplia de los delitos de odio, es definido por la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros como *“toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo y etnocentrismo agresivo, y de discriminación y hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante”*. La misma definición utiliza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto FERET vs. BÉLGICA, sentencia de 16 de julio de 2009, apartado 44).⁶⁷ La Recomendación está conectada con los límites, ya estudiados, a la libertad de la expresión del artículo 10.2 del CEDH.⁶⁸

⁶⁶ CAÑAMARES ARRIBAS, S. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, 1ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, p. 60.

⁶⁷ MARTÍN MORENO, J.L., *Pluralismo, tolerancia y libertad de expresión (refrescando ideas)*, Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho, núm. 2-2018, p. 106

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 106

La manifestación de esta categoría delictiva se produjo después de la Segunda Guerra Mundial, con el propósito de erradicar la propaganda nazi y la negación del Holocausto. Presenta los siguientes aspectos: delimitación de un individuo o grupo por sus características, estigmatización del objeto atribuyéndole cualidades indeseables y generalizando un estereotipo, y desplazamiento del grupo de las relaciones sociales haciendo su presencia hostil e indeseable. El discurso de odio supone un límite a la libertad de expresión, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debido a que se produce una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión que menoscaba la dignidad de un sujeto o un colectivo determinado, insultándolo, denostándolo, degradando sus formas o incitando a la violencia, la hostilidad o la discriminación.⁶⁹

La intencionalidad del agente es vital, por lo que debemos distinguir entre la difamación de religiones, que puede constituir una libertad de crítica, y la incitación al odio o violencia, que conduzca a discriminación y/o hostilidad de un sujeto, sea individual o colectivo. Si bien el ámbito entre las dos categorías es amplio, hay que tener cautela con el contexto en específico.⁷⁰

Como normativa internacional importante, se debe mencionar el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷¹, el artículo 26 del Pacto Internacional de

⁶⁹ HERRERA CEBALLOS, E., *El discurso religioso contra la homosexualidad. Análisis desde la perspectiva de la libertad religiosa*, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico, núm. 47, 2018, p. 60.

⁷⁰ CAÑAMARES ARRIBAS, S. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, 1ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, p. 62.

⁷¹ *El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*

Derechos Civiles y Políticos de 1996⁷² y el artículo 4⁷³ del Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial.⁷⁴

El Convenio de Estrasburgo declara que los derechos recogidos en el mismo deben ser asegurados sin hacer ningún tipo de distinción por una razón de índole personal. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos remarca lo mismo junto a la igualdad ante la ley de las personas con independencia de cuestiones personales y sin cometer ningún tipo de discriminación.

El tratamiento legislativo de los delitos de odio tiene tres vías⁷⁵:

⁷² *Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

⁷³ *Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:*

a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;

b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;

c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

⁷⁴ CAÑAMARES ARRIBAS, S. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, 1ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, p. 123.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 61.

- a) Establecimiento de tipos penales específicos, como hace España.
- b) Apreciación de circunstancias agravantes, por la propia ley penal o por el órgano judicial en el caso concreto.
- c) Estudio de la estadística de este tipo de crímenes por el Poder Ejecutivo.

La cuestión en España está regulada por el artículo 510 del Código Penal, que castiga a quienes de manera pública fomenten, promuevan o inciten, directa o indirectamente, al odio, hostilidad, violencia o discriminación contra un grupo o una persona por su pertenencia a uno, por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a la ideología, origen nacional, religión, género, situación familiar, enfermedad, etnia, discapacidad, orientación e identidad sexual.

A continuación, se recogerá jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los Tribunales españoles acerca de esta cuestión.

El Tribunal de Estrasburgo se refiere al delito de odio en la sentencia de 8 julio de 1999 (ERDOGDU vs. TURQUÍA), y lo hace subrayando el papel de los profesionales de los medios de comunicación, especialmente en situaciones de conflicto o tensión, de manera que los medios de comunicación deben adoptar precauciones en dichas situaciones para no convertirse en vehículo de propagación del odio y la violencia (apartado 54).⁷⁶

⁷⁶ MARTÍN MORENO, J.L., *Pluralismo, tolerancia y libertad de expresión (refrescando ideas)*, Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho, núm. 2-2018, p. 106.

A raíz de la causa abierta contra Reig Plá, obispo de Alcalá de Henares, por la presunta comisión de un delito de odio, la Audiencia Provincial madrileña desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de instancia por considerar que las palabras del acusado no constituían la incitación exigida necesariamente directa al odio, la discriminación u hostilidad. Consideró que el desacuerdo con cualquier orientación sexual corresponde al ejercicio de libertad ideológica, religiosa y de opinión de forma pública. También rechazó la aplicación del 510.2 del Código Penal (difusión injuriosa sobre grupo social) debido a que entendió que no era un ataque a la totalidad del colectivo gay.⁷⁷

Se siguió la misma línea del caso anterior en la causa abierta contra Cañizares, Cardenal-Arzobispo de Valencia. El Juzgado de lo Penal número 18 de Valencia dictó el sobreseimiento mediante auto de 9 de junio de 2016 por considerar que no existía incitación al odio, discriminación u hostilidad. Argumentó su fundamentación con la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2011 que analizó el artículo 510 del Código Penal: *“el derecho a la libertad ideológica y a la libertad de expresión permiten no sólo asumir cualquier idea, sino expresarla e incluso difundirla, y acomodar a ella el desarrollo de la propia vida, siempre con los límites que impone la convivencia respetuosa con los derechos de los demás”*. Para el Supremo, en la Constitución caben ideologías políticas opuestas, tanto de derechas como de izquierdas, incluso ideas extremistas, no hay persecución penal. Solo debe recibir reproche constitucional la realización de actos o actividades que, en desarrollo de tales ideas, vulneren otros derechos constitucionales (fundamento jurídico 5º). El fundamento de derecho sexto se apoya en la sentencia del Tribunal Supremo 176/1995, de 11 de diciembre, específicamente en su segundo fundamento jurídico: *“al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso que atenten al propio sistema democrático”*. También menciona la sentencia del Tribunal Supremo 214/1991, de 11 de noviembre, en su fundamento séptimo, que recoge como límite de la libertad ideológica y de expresión *“el menosprecio e insulto contra individuos o grupos, así como la generación de sentimientos de hostilidad hacia ellos por resultar contrarios a la dignidad de la persona, a los derechos al honor y la igualdad”*. No

⁷⁷ Fundamento jurídico 2º del auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de abril de 2014

obstante, menciona que la superación de los ámbitos protegidos no implica directamente la tipicidad de las conductas enjuiciadas.

En el caso de Abel Azcona, expuesto en otro capítulo de esta obra⁷⁸, vía auto de 10 de noviembre de 2016 del Juzgado de Instrucción número 2 de Pamplona se declaró que su obra no era idónea para fomentar el odio, hostilidad, discriminación o violencia contra la Iglesia Católica debido a que no se propone por parte del autor a tomar acción frente a la realidad que denuncia, simplemente buscaba la concienciación social sobre una lacra como la pederastia.⁷⁹

Respecto a las manifestaciones de las acusadas en el caso de *la procesión del "coño" insumiso* no pueden encuadrarse en el marco del delito de odio ya que el fallo recoge que la realidad del pensamiento social antes y después ha sido exactamente la misma, que la repercusión en los medios de comunicación tradicionales y digitales fue una simple anécdota, no supuso un cambio en la visión acerca de la religión católica ni por parte de creyentes ni por los ateos.⁸⁰

⁷⁸ Remisión al delito de profanación (apartado 4.3 de este Trabajo)

⁷⁹ SALINAS MENGUAL, J., *Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXXV, 2019, p. 250.

⁸⁰ Fundamento jurídico 4º de la sentencia 448/2019, de 9 de octubre, del Juzgado de lo Penal 10 de Sevilla

CAPÍTULO 5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL CONFLICTO ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD RELIGIOSA

El mandato del artículo 10.2 de la Constitución española es claro: las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades se interpretan conforme la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los tratados y acuerdos internacionales sobre tales materias. El Tribunal Supremo en su sentencia de 4 diciembre de 2018, que sentó doctrina acerca de la colisión de ambas libertades, expresó que conforme señala el Tribunal Constitucional (Sala 1ª, n.º 62/1982, de 17 de noviembre), la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia ratificados por España.⁸¹

Un primer criterio obliga a distinguir entre la información que proporciona datos de hecho y otra que contiene juicios de valor. La primera se encuentra sujeta a control más estricto de objetividad, y, por consiguiente, cuando se difunde información falsa, la libre expresión es más susceptible de ser limitada. El segundo tipo de información es por naturaleza de carácter más subjetivo, y por tanto menos controlable por las autoridades: no obstante, la expresión que consiste esencialmente en juicios de valor puede ser objeto de restricciones o de sanciones cuando tales juicios se fundan en elementos de hecho falsos o inexistentes.⁸²

⁸¹ Caso *Willy Toledo*: fundamento jurídico 3º de la sentencia 20/2020, de 21 de febrero, del Juzgado de lo Penal 26 de Madrid

⁸² MORENO BOTELLA, G., *El conflicto libertad de expresión, libertad religiosa a través del cine*, ANUARIO DE DERECHO CANÓNICO 6 Supl. [Febrero 2018], p. 130.

Un segundo criterio se refiere a la distinción entre expresiones que son gratuitamente ofensivas y aquellas otras que contienen información o ideas que contribuyen de alguna manera al debate social sobre temas de interés público, aunque se trate de expresiones que “*ofenden, chocan o hieren*”. Estas últimas reclaman la protección del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y resultan menos limitables, en virtud del apartado 2 del mismo precepto, en la medida en que abordan cuestiones de mayor interés general. Al contrario, la protección del artículo 10 del Convenio Europeo no se extiende necesariamente a manifestaciones de la libertad de expresión que son gratuitamente ofensivas, es decir, a aquellas cuyo objeto consiste exclusivamente en ofender las creencias o convicciones de otros. Esta distinción no está, naturalmente, exenta de problemas, porque, en ocasiones, la mera y brutal ofensa no es sino una manera de expresar una idea propia con lo cual no sería en rigor *gratuita*. En todo caso, la posición del Tribunal de Estrasburgo es mucho menos tuitiva hacia esa clase de expresiones, entendiendo que no se corresponden con la responsabilidad que entraña el ejercicio de la libertad de expresión, especialmente cuando se ejerce mediante medios públicos de comunicación o mediante la actividad editorial debido a que no contribuyen a generar el clima de pluralismo y tolerancia, propio de una sociedad democrática, y que constituye el hábitat apropiado para el ejercicio de las libertades fundamentales por parte de todos.⁸³

Un tercer criterio es la distinción entre expresiones que se limitan a ser gratuitamente ofensivas y aquellas otras que constituyen propiamente incitación al odio, a la violencia o la discriminación⁸⁴. Este segundo tipo de expresiones poseen un mayor grado de agresividad, y su calificación jurídica es, en consecuencia, más grave. El Tribunal Europeo ha declarado expresamente que el *hate speech* no goza del amparo otorgado por la libertad de expresión. Esa doctrina es aplicable a cualquier clase de *hate speech*, incluida la incitación al odio o la violencia por razón de las ideas religiosas.⁸⁵

⁸³ MORENO BOTELLA, G., *El conflicto libertad de expresión, libertad religiosa a través del cine*, ANUARIO DE DERECHO CANÓNICO 6 Supl. [Febrero 2018], p. 131.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 132.

⁸⁵ MARTÍNEZ-TORRÓN, J., Libertad de expresión y libertad de religión. Comentarios en torno a algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, RGDCDEE, núm. 11, mayo 2006, p. 18.

La teoría del *Margen de Apreciación de los Estados* es adoptada por el Tribunal Europeo para tomar en consideración el criterio de los Estados para proteger los derechos del Convenio desde el caso ya expuesto anteriormente HANDYSIDE vs REINO UNIDO. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha justificado la importancia del criterio estatal por diversos motivos: el sistema de protección es fruto de una división del trabajo entre los Estados y el Tribunal; los Estados actúan como responsables primarios y el Tribunal es un interviniente secundario, agotada la vía interna; la moralidad y la religión son asuntos especialmente sensibles en los que no existe un consenso entre los Estados.⁸⁶ La falta de consenso común europeo acerca del significado del término *religión* y lo que constituye una ofensa a las creencias religiosas no ayuda a paliar el conflicto entre las dos libertades estudiadas. Por lo tanto, los problemas derivados de la aplicación del margen de apreciación estatal se agudizan⁸⁷.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció por primera vez sobre la limitación de la libertad de expresión en la sentencia del caso llamado WINGROVE vs. REINO UNIDO. En esta sentencia, tras apelar al carácter básico que tiene la libertad de expresión en toda sociedad democrática, remite al artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, entendió que la protección de los sentimientos religiosos, en términos generales, está incluida entre las posibles restricciones legales de la libertad de expresión.

⁸⁶ ESPINOZA ARIZA, J., *El derecho a la libertad de expresión contra el derecho a la libertad religiosa ¿Existe un derecho a blasfemar? A propósito del caso de la revista Charlie Hebdo*, LEX núm. 15 - AÑO XIII – 2015, p. 103.

⁸⁷ MORENO BOTELLA, G., *El conflicto libertad de expresión, libertad religiosa a través del cine*, ANUARIO DE DERECHO CANÓNICO 6 Supl. [Febrero 2018], p. 128.

En la sentencia de 13 de febrero de 2003 (asunto REFAH PARTISI - Partido de la Prosperidad- y OTROS vs TURQUÍA, demandas 41340/98, 41342/98, 41343/98 y 41344/98), el Tribunal Europeo indica que no existe democracia sin que concurra el elemento del pluralismo, y subraya que una de las principales características de la democracia radica en la posibilidad de que ofrezca un debate a través del diálogo y sin recurrir a la violencia, de las cuestiones planteadas por diferentes corrientes de opinión política, incluso cuando perturban o preocupan (párrafos 89 y 97).⁸⁸

La sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 13 septiembre de 2005 en su apartado 23 recuerda las sentencias HANDYSIDE vs REINO UNIDO (7 de diciembre de 1976, serie A, núm. 24), y FRESSOZ y ROIRE vs FRANCIA (núm. 29183/1995, ap. 45, CEDH 1999 -1) para exponer uno de sus principios fundamentales acerca del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno. Acerca de los límites, en los apartados 24 a 26, respecto al contexto de las creencias religiosas, puede legítimamente figurar la obligación de evitar expresiones gratuitamente ofensivas al prójimo o profanadoras, aludiendo a los casos OTTO PREMINGER-INSTITUT vs AUSTRIA a los (sentencia de 20 septiembre 1994, serie A núm. 295-A, ap. 49) y MURPHY vs IRLANDA número 44179/1998, ap. 67, CEDH 2003-IX).

Al examinar si las restricciones a los derechos y libertades garantizados por el Convenio pueden considerarse necesarias en una democracia, el Tribunal ha declarado en varias ocasiones que los Estados Contratantes gozan de un margen de apreciación cierto pero ilimitado (véase el asunto WINGROVE vs REINO UNIDO, sentencia de 25 de noviembre 1996). La falta de una concepción uniforme, entre los países integrantes del Consejo de Europa, amplía el margen de apreciación de los Estados Contratantes, cuando regulan la libertad de expresión en ámbitos susceptibles de ofender las convicciones

⁸⁸ MARTÍN MORENO, J.L., *Pluralismo, tolerancia y libertad de expresión (refrescando ideas)*, Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho, núm. 2-2018, p. 103.

personales íntimas dependientes de la moral o de la religión⁸⁹. Un Estado puede legítimamente considerar necesario adoptar medidas que traten de reprimir ciertos comportamientos, incluida la comunicación de informaciones e ideas incompatibles con el respeto de la libertad de prensa, de conciencia y de religión.⁹⁰ Sin embargo, corresponde al Tribunal resolver de forma efectiva sobre la compatibilidad de la restricción con el Convenio y lo hace apreciando, en las circunstancias del caso, si la injerencia corresponde a una necesidad social imperiosa y si es proporcionada con la finalidad perseguida.⁹¹

La sentencia de 17 de julio de 2018 (asunto MARIYA ALEKHINA y OTRAS vs. RUSIA) señala en su párrafo 197 que la libertad de expresión, garantizada por el artículo 10.1, constituye uno de los fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones esenciales para su progreso y la realización personal del individuo. Además, el artículo 10 del Convenio no solo protege el fondo de conceptos e informaciones manifestados, sino también la forma en la que se transmiten (ver, entre otros muchos precedentes, OBERSCHLICK vs AUSTRIA (n.º 1), de 23 de mayo de 1991, § 57, Serie A n.º 204, and WOMEN EL WAVES y OTROS vs PORTUGAL, n.º 31276/05, §§ 29 y 30, de 3 de febrero de 2009). Asimismo, en los párrafos siguientes establece que las excepciones deben estar *sólidamente fundamentadas* y la necesidad de que las limitaciones deben producirse de *forma convincente*. Para que las injerencias sean compatibles con el artículo 10, deben estar previstas legalmente, perseguir al menos uno de los objetivos legítimos del segundo párrafo del mencionado precepto y ser necesarias en una sociedad democrática, es decir, proporcionales al objetivo perseguido. Cabe añadir la mención al margen de apreciación de cada Estado para analizar la existencia de dicha *necesidad*, sin olvidar la competencia del Tribunal Europeo para la resolución definitiva sobre la compatibilidad de la limitación con el derecho a la libertad de expresión.

⁸⁹ Véase sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: apartado 50 del asunto Otto-Preminger VS. Austria apartado 58 del asunto Wingrove VS. Reino Unido; y apartado 67 del asunto Murphy VS. Irlanda.

⁹⁰ Véase en el contexto del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: asunto Kokkinakis VS. Grecia y apartado 47 del asunto Otto-Preminger-Institut.

⁹¹ Véase de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: apartado 53 del asunto Wingrove y apartado 68 de Murphy.

El Tribunal Europeo en sentencia de 3 de noviembre de 2009, estimó la pretensión de SOILE LAUTSI (vs ITALIA) declarando que la exhibición de crucifijos en una escuela pública viola la libertad de conciencia y de religión, y además el derecho a la educación según las propias convicciones religiosas o filosóficas. La laicidad y la neutralidad confesional estatal exigen la exclusión de tal símbolo religioso en los centros públicos de enseñanza.⁹² Alega el principio de laicidad, por el cual, el Estado no debe imponer creencias religiosas en lugares donde las personas son dependientes de él o particularmente vulnerables, con el fin de que los niños desarrollen imparcialmente su capacidad crítica. Asimismo, establece que el principio de neutralidad confesional se rompe con la exhibición del crucifijo y favorece de esa forma a una determinada confesión religiosa, en este caso la católica. Otro argumento aportado fue la dimensión negativa de la libertad religiosa y de enseñanza, que trata sobre la necesidad de prescindir de todo símbolo, culto o práctica que implique una actitud positiva en materia religiosa. La libertad de educación, esencial para construir una sociedad democrática, se ve truncada por el compromiso estatal con una determinada simbología religiosa.

La tarea de conseguir el equilibrio justo para resolver el problema entre los dos derechos con carácter general parece inviable dado el grado de subjetividad y las diferentes percepciones que conviven, a pesar del principio de proporcionalidad que sigue el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁹³ La cuestión requiere ser tratada caso por caso, sin olvidar la notoriedad de la libertad de expresión y que su limitación debe ser sumamente restringida.

⁹² ESPINOZA ARIZA, J., *El derecho a la libertad de expresión contra el derecho a la libertad religiosa ¿Existe un derecho a blasfemar? A propósito del caso de la revista Charlie Hebdo*, LEX núm. 15 - AÑO XIII – 2015, p. 100.

⁹³ MORENO BOTELLA, G., *El conflicto libertad de expresión, libertad religiosa a través del cine*, ANUARIO DE DERECHO CANÓNICO 6 Supl. [Febrero 2018], p. 134.

III. CONCLUSIONES

Como se ha expuesto en líneas anteriores, la libertad de expresión es un elemento conformador del sistema político democrático. Ahora bien, la libertad religiosa es también esencial para constituir una democracia, sobre todo llevando a cabo la sencilla tarea de respetar dos mínimos vitales: no discriminar por motivos religiosos, y que el Estado no imponga una religión porque estamos ante una cuestión principalmente íntima en ejercicio del libre desarrollo de la personalidad sin perjuicio de los actos de celebración exteriores y colectivos. La importancia de la libertad religiosa radica en evitar la dinámica de conflictos bélicos que lamentablemente han ocurrido a lo largo de la historia, por lo tanto, hay que erradicar las conductas derivadas de un extremismo religioso que suponen un peligro para la paz social.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sigue unos criterios altamente restrictivos a la hora de limitar la libertad de expresión. Debemos recordar que la libre discusión es condición necesaria para el progreso social, es una garantía del Estado social y democrático de Derecho. El papel del Tribunal de Estrasburgo es fundamental siguiendo las disposiciones del artículo 10 de la Constitución española, por ello, hay que atender a su mandato: no se protegen las expresiones gratuitamente ofensivas, es decir, las expresiones cuya única finalidad es ofender.

No existe un derecho al insulto, ya que las expresiones injuriosas y/o vejatorias no están bajo el amparo de la libertad de expresión. El Tribunal Supremo indica que deben castigarse las conductas que dañen derechos constitucionales, no las ideas políticas por mayor extremismo que manifiesten; ello no obsta para desechar las expresiones que generan un clima de agresividad social mediante el uso del hostigamiento y menosprecio. No se ampara el denominado *hate speech*. La discriminación y el uso de la violencia están fuera de la cobertura de la libertad de expresión.

Habría que extremar la cuestión acerca de la judicialización de la problemática ya que el Derecho Penal se rige por el principio de intervención mínima, que significa la imposibilidad de actuación de esta rama del Derecho cuando hay otros medios o instrumentos jurídicos que pueden restablecer el orden jurídico⁹⁴. Además, como *ultima ratio*, opera únicamente cuando el orden jurídico no puede ser protegido con otros mecanismos menos contundentes. A la hora de aplicar los tipos penales la interpretación debe ser muy restrictiva, solo los casos más graves que alteren la convivencia social deben constituir acciones típicas a efectos penales.

Asimismo, los tipos penales estudiados requieren una carga probatoria difícil ya que hay que estar a la intencionalidad del sujeto activo, no basta con el mero dolo genérico para la tipicidad de la acción, el *animus injuriandi* requerido va más allá, como se ha expresado, exige una manifiesta intencionalidad ofensiva. Cabe recalcar que la tendencia en Europa es a descriminalizar la blasfemia y el insulto religioso y mantener como delito las expresiones de odio por motivos religiosos⁹⁵. La actuación penal ha de ser restrictiva porque podría conllevar un efecto disuasorio y desalentador del ejercicio del derecho de expresarse libremente y del derecho a dar y recibir información.⁹⁶

El debate democrático para que sea pleno debe tratarse de un diálogo exento de violencia entre las diferentes corrientes de pensamiento político. El contexto artístico, el

⁹⁴ Sentencia 203/2006, de 28 de febrero, del Tribunal Supremo

⁹⁵ PÉREZ DE LA FUENTE, O., *Libertad de expresión y escarnio de los sentimientos religiosos. Enfoques sobre la ponderación en algunos casos judiciales españoles*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n.º 18, 2015, p. 157.

⁹⁶ MORENO BOTELLA, G., *El conflicto libertad de expresión, libertad religiosa a través del cine*, ANUARIO DE DERECHO CANÓNICO 6 Supl. [Febrero 2018], p. 132.

humor y la sátira le otorgan mayor peso a la libertad de expresión en los conflictos que puedan darse con la libertad religiosa. Varios de los casos estudiados se enmarcan en un contexto artístico, donde la transgresión y un código hermenéutico propio son relevantes con independencia de los gustos personales. La sátira política cumple un papel como herramienta de entrenamiento como de protesta.

En este tema no pueden darse conclusiones generales porque hay un gran grado de subjetividad y cada persona tendrá su opinión y podrá expresarla de manera cívica. La consideración de lo que es ofensivo o no puede variar según la persona o comunidad que se trate⁹⁷. Cabe decir que una sociedad democrática es sana cuando uno puede expresar lo que quiera en tanto no cause perjuicio físico a nadie y existan instancias judiciales para dirimir las controversias con índole personal. Es reseñable la educación en los valores del pluralismo y la tolerancia, sin que esto signifique perder el espíritu crítico, siempre y cuando se respete el eje central de los derechos humanos que es la dignidad. Para resolver los conflictos que puedan plantearse habrá que aplicar el principio de ponderación en el caso concreto ya que estamos ante derechos constitucionales de relieve y precisan una tarea notable de protección y garantía. Para finalizar este trabajo, es interesante recoger una de las definiciones habituales de la democracia: seguir la regla de la mayoría respetando de los derechos de las minorías.⁹⁸

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 134.

⁹⁸ PÉREZ DE LA FUENTE, O., *Libertad de expresión y escarnio de los sentimientos religiosos. Enfoques sobre la ponderación en algunos casos judiciales españoles*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n.º 18, 2015, p. 157.

IV. BIBLIOGRAFÍA

CAÑAMARES ARRIBAS, S. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, 1ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2014.

GONZÁLEZ URIEL, D., *La religión y su juridificación (Especial consideración de la colisión entre la libertad religiosa y la libertad de expresión)*, estudio doctrinal del boletín del Ministerio de Justicia del Gobierno de España, año LXII, número 2.209, junio de 2018.

MARTÍN MORENO, J.L., *Pluralismo, tolerancia y libertad de expresión (refrescando ideas)*, Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho, núm. 2-2018.

SALINAS MENGUAL, J., *Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXXV, 2019.

HERRERA CEBALLOS, E., *El discurso religioso contra la homosexualidad. Análisis desde la perspectiva de la libertad religiosa*, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico, núm. 47, 2018.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J., Libertad de expresión y libertad de religión. Comentarios en torno a algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, RGDCDEE, núm. 11, mayo 2006.

ESPINOZA ARIZA, J., *El derecho a la libertad de expresión contra el derecho a la libertad religiosa ¿Existe un derecho a blasfemar? A propósito del caso de la revista Charlie Hebdo*, LEX núm. 15 - AÑO XIII - 2015 – I.

PÉREZ DE LA FUENTE, O., *Libertad de expresión y escarnio de los sentimientos religiosos. Enfoques sobre la ponderación en algunos casos judiciales españoles*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n ° 18, 2015, pp. 131-158.

MORENO BOTELLA, G., *El conflicto libertad de expresión, libertad religiosa a través del cine*, ANUARIO DE DERECHO CANÓNICO 6 Supl. [Febrero 2018], pp 105-134.